

República de Colombia

Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL****Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.****PROCESO ORDINARIO LABORAL de SINDI LORENA ALAMARIO LÓPEZ CONTRA UNIDAD COMERCIAL LOS BAQUEROS S.A.S. “UNIBAQ S.A.S”.**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de octubre de dos mil veinte (2020), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

S E N T E N C I A**LO PRETENDIDO EN LA DEMANDA**

La señora **SINDI LORENA ALAMARIO LÓPEZ** pretende se **declare** que entre ella y el señor GUSTAVO DE JESÚS BAQUERO VILLALBA existió un contrato laboral de manera verbal desde el 28 de enero al 2 de julio de 2013, se **declare** que existió una sustitución patronal con la empresa UNIDAD COMERCIAL LOS BAQUEROS S.A.S. “UNIBAQ S.A.S” desde el 2 de julio de 2013 al 21 de septiembre de 2013. Como consecuencia de ello, se **condene** a la empresa demandada a la indemnización por despido sin justa causa, se condene a la indemnización por despido al encontrarse en fuero materno, se **condene** a 14 semanas de descanso al que se hace referencia en la Ley 1468 de 2011, por encontrarse en estado de embarazo al momento del despido, se **condene** al pago de cesantías, vacaciones, prima legal de servicios de toda la relación laboral, se **condene** al pago de aportes a seguridad social en salud, pensión y riesgos laborales, se **condene** a la indemnización moratoria, se **condene** a la indexación y se **condene** al pago de costas y agencias en derecho **(fls. 7 a 10)**.

Los hechos fundamento de las pretensiones se observan a fls. 1 a 6 del plenario en los cuales se señalaron en síntesis que el día 28 de enero de 2013 se suscribió un contrato de carácter verbal con el señor GUSTAVO DE JESÚS BAQUERO para

desempeñarse como cajera de un supermercado ubicando en la Diagonal 3 C No. 8-99 este de la ciudad de Bogotá, pactándose como salario la suma de \$600.000 sin auxilio de transporte al vivir a 2 cuadras del establecimiento de comercio, debía cumplir un horario de lunes a domingo de 2:00 p.m. a 10:30 p.m., sus jefes inmediatos eran los señores GUSTAVO DE JESÚS BAQUERO y GONZALO ANTONIO BAQUERO, que el día 2 de julio de 2013 mediante un documento privado se constituyó la sociedad comercial UNIDAD COMERCIAL LOS BAQUEROS S.A.S. “UNIBAQ S.A.S” siendo el representante legal el señor GUSTAVO DE JESÚS BAQUERO, la citada empresa continuó desarrollando las mismas actividades que venía desarrollando el señor GUSTAVO DE JESÚS BAQUERO incluso en el mismo sitio y con los mismos elementos, que la relación laboral se mantuvo hasta el 21 de septiembre de 2013, momento para el cual la demandante le informó a su empleador que se encontraba en estado de embarazo, momento para el cual se decidió dar por terminado el contrato, el día 11 de febrero de 2015 se radicó demanda laboral contra la empresa aquí demandada correspondiéndole al Juzgado 3° Laboral de Pequeñas Causas de Bogotá, quien mediante sentencia del 6 de mayo de 2015 condenó a la demandada, frente a la cual la empresa UNIDAD COMERCIAL LOS BAQUEROS S.A.S. “UNIBAQ S.A.S” instauró acción de tutela, conociéndola el Juzgado 11 Laboral del circuito de Bogotá quien mediante sentencia del 14 de octubre de 2015 procede tutelar los derechos del accionante declarando la nulidad de las actuaciones realizadas por el Juzgado 3° Laboral de Pequeñas Causas de Bogotá, procediéndose por parte de dicho despacho a remitir el expediente por competencia ante los Juzgado del Circuito.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

la empresa **UNIDAD COMERCIAL LOS BAQUEROS S.A.S. “UNIBAQ S.A.S”** se opuso a las pretensiones y negó todos los hechos de la demanda, propuso como excepciones de fondo inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido, pago y compensación, falta de título y causa, prescripción y buena fe (fls. 78 a 89 y 104).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia del 12 de julio de 2018 el Juzgado 2° Laboral del Circuito de Bogotá **absolvió** a la empresa demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda y **condenó** en costas a la parte actora **(CD fl.118)**

Como **argumento de su decisión**, el *a quo* señaló que no existía prueba documental dentro del expediente que diera fe de la existencia de la relación laboral entre la demandante y la persona jurídica demandada, teniendo en cuenta lo dicho por el señor GUSTAVO DE JESÚS BAQUERO en su interrogatorio de parte quien negó la relación laboral con la demandante y con la SOCIEDAD UNIDAD COMERCIAL LOS BAQUEROS SAS, al manifestar que la misma se creó el 12 de julio de 2013, que así mismo, analizados los testimonios ninguno había dado fe en cuanto a los extremos temporales de la supuesta relación entre las partes, tampoco había sido posible establecer el salario que devengaba la demandante, como tampoco quien era la persona que impartía las órdenes, al haber sido testigos de oídas. Adujó también la Juez que, si en gracia de discusión se le diera aplicación al art 24 del CST, no existía prueba de demostrará los extremos del vínculo laboral faltando al principio universal de que afirmar no es probar, pues aquella parte que proponga un hecho como sustento para obtener una consecuencia jurídica a su favor le corresponde correr con la carga probatoria ello como lo señala el art 167 del CGP. Sostuvo también que había sido imposible establecerse la prestación personal del servicio a la persona jurídica aquí demandada, como tampoco había quedado acreditada la sustitución patronal alegada, al quedar claramente establecido que la actora no prestó sus servicios directamente para la demandada.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la **parte demandante**, interpuso recurso de apelación señalando que falta mejor valoración probatoria del proceso en especial de la prueba testimonial, no siendo cierto que no haya demostrado los extremos de la relación laboral toda vez que la señora MIRYAM ALMARIO LÓPEZ había manifestado que la demandante había ingresado lo últimos días del mes de enero de 2013 hasta los últimos días de septiembre de 2013, quien lo sabe porque para aquella época la demandante vivía con ella, que era cajera, que cumplí un horario y que su jefe era el señor GUSTAVO DE JESÚS BAQUERO, manifestó también que había sido despedida porque había quedado embarazada 15 o 20 días antes de la terminación, también señaló que inicialmente el dueño del supermercado era el señor GUSTAVO DE JESÚS BAQUERO, si bien los testigos no enmarcaron con precisión el extremo inicial, si dijeron que lo fue en enero de 2013 manifestando también que lo fue hasta septiembre de 2013, que fue cuando ella enmarca su estado de embarazo, pudiéndose verificar con el registro de nacimiento del bebe.

Expediente No. 02 2016 00556 01

Se pasó por el alto el interrogatorio de parte que el día 6 de mayo de 2015 rindió el señor GUSTAVO DE JESÚS BAQUERO ante el Juzgado 3° Laboral de Pequeñas Causas prueba que fue aportada al proceso donde él manifiesta que le pagaba a la demandante \$600.000, pasándose también por alto las pruebas allegadas en dicho proceso donde claramente se demostró la prestación personal del servicio, precisándose en el interrogatorio de parte del señor GUSTAVO DE JESÚS BAQUERO que la demandante si prestó sus servicios para la SOCIEDAD UNIDAD COMERCIAL LOS BAQUEROS SAS por cuenta de cobro y que lo hacía a través de un contrato de prestación de servicios, siendo un aspecto muy curioso ya que allí sí acepta la relación laboral, pero cuando declara para éste despacho dice un resto de mentiras, razón por la cual será objeto de denuncia penal que presentaré por falsedad.

Su hermano el señor GONZALO ANTONIO BAQUERO también se acepta en dicho Juzgado la relación que la actora tuvo con su hermano y también con la empresa, diciendo en este proceso que la relación laboral de la actora había sido directamente con él, de tal suerte que se necesita que la segunda instancia revise el fallo y medios probatorios en especial el testimonio de la señora MIRYAM ALMARIO LÓPEZ, JAIRO RODRÍGUEZ GARZÓN y del señor JUAN CARLOS BUSTOS BOHORQUEZ, tampoco se analizó la sustitución patronal.

CONSIDERACIONES

En consonancia con el recurso de alzada, procederá esta Sala de decisión a determinar si la demandante logró demostrar la existencia de una relación laboral con la sociedad demandada, desde 28 de enero al 21 de septiembre de 2013, en caso afirmativo, se analizará si hay lugar al reconocimiento y pago de las pretensiones solicitadas en la demanda.

Existencia de la relación laboral

Establece el artículo 24 del CST: *“se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”*. Así pues, bastaría al trabajador, probar con suficiente rigor la prestación del servicio, para amparar dicha relación bajo las características de un contrato laboral, correspondiéndole al empleador, en consecuencia, desvirtuar su existencia objetando bien sea el tipo de prestación personal de trabajo, o bien, la existencia de subordinación laboral.

De manera que, es necesario acreditarse la prestación personal del servicio a favor de la demandada a fin de dar aplicación a la presunción contemplada en la norma antes citada, en razón a ello verificadas las pruebas que fueron allegadas en el presente proceso en especial los interrogatorios de parte de los señores GUSTAVO DE JESÚS BAQUERO y GONZALO ANTONIO BAQUERO, el primero de estos quien funge como representante legal de la sociedad aquí demandada, manifestaron que la demandante prestó sus servicios personales fue directamente al señor GONZALO ANTONIO BAQUERO como persona natural en unos de los supermercados de su propiedad sin establecerse en el extremo inicial tan solo se indica que finalizó el 15 de septiembre de 2013, así mismo, indican que la sociedad SOCIEDAD UNIDAD COMERCIAL LOS BAQUEROS SAS se constituyó el 12 de julio de 2013, para la cual la actora no prestó sus servicios.

Como bien se puede observar de dicha declaración se tiene que no fue aceptada la prestación del servicio de la demandante a favor de la SOCIEDAD UNIDAD COMERCIAL LOS BAQUEROS. No obstante, revisado detalladamente el material probatorio obrante dentro del proceso se tiene que en efecto existió una mala apreciación de la prueba por parte de la *a quo*, toda vez que el actor aportó el CD (fl.23) contentivo de las pruebas evacuadas ante el Juzgado 3° Municipal de Pequeñas Causas donde fungieron las mismas partes y sobre los mismos hechos discutidos en este asunto y se profirió sentencia en contra de la sociedad demandada la cual se declaró nula por tutela por parte del Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá, en razón a la competencia por cuantía, sin que ello afectara la declaraciones surtidas dentro del mismo, en donde claramente se puede ver que los señores GUSTAVO DE JESÚS BAQUERO y GONZALO ANTONIO BAQUERO manifestaron situaciones totalmente diferentes a las señaladas en esta oportunidad, por su parte, el señor GUSTAVO DE JESÚS BAQUERO aceptó la prestación del servicio de la demandante con la sociedad aquí demandada, indicando que fue contratista de la misma, que ingresó en el 1° de julio de 2013 y laboró hasta el 15 de septiembre de 2013, que las funciones que ella desempeñaba era la de cajera, atención al cliente, recibirle el artículo, registrar, entregar vueltas y el cierre del día entregar cuentas, que no tenía establecido un horario como tal, que el supermercado era administrado por su hermano GONZALO ANTONIO BAQUERO que le pagaba \$600.000 los cuales se encontraban especificados en las cuentas de cobro, que el día 15 de septiembre de 2013 se le solicitó a la demandante los aportes como independiente otorgándosele un plazo, pero que ella no volvió a la empresa y el último diálogo que se tuvo con ella fue el 21 de septiembre de 2013.

Por otro lado, el señor GONZALO ANTONIO BAQUERO manifestó que dentro de la sociedad demandada es subgerente, que la unidad había empezado el 3 de julio, que ella entró y tenía unos requisitos para hacerle el contrato, que debía responderle por la caja, entregarle las cuentas, hacer el arqueo del día, entraba más o menos a las dos de la tarde y al cierre debía entregarle cuentas, que la demandante había terminado sus servicios el 15 de septiembre de 2013, que se le pidieron unos papeles y no volvió, devengaba \$30.000 diarios, que el contrato se hizo en el mes de julio cuando empezaron con UNIBAQ SAS, antes de julio existían los establecimientos, pero que ella no prestó ningún servicio antes de julio, la forma de contratación fue por la mamá y se le dio la oportunidad en julio, ella tenía una hoja de vida que le presentó a su hermano en enero, finalmente indica que no sabía que estaba embarazada al momento del despido.

Como bien se puede ver las versiones rendidas por los señores GUSTAVO DE JESÚS BAQUERO y GONZALO ANTONIO BAQUERO son totalmente contradictorias, pues en este momento cambian por completo la situación a fin de dar a entender que la prestación del servicio se dio con una persona distinta a la que se encuentra demandada a fin de obtener una sentencia absolutoria, cuando es evidente que la actora prestó sus servicios para la SOCIEDAD UNIDAD COMERCIAL LOS BAQUEROS SAS, aunado al hecho que el proceso no cambió por el hecho de haberse declarado la nulidad, pues como bien se mencionó el motivo de esa decisión se debió únicamente por la competencia, de manera que el proceso seguía siendo el mismo, por lo tanto, debe otorgársele más credibilidad a las versiones rendidas ante Juzgado de Pequeñas Causas, pues las mismas se asemejan más a la realidad del proceso, toda vez que en el presente asunto se descoció la legitimación de la causa por pasiva.

De otro lado, si bien el proceso de Pequeñas Causas se manifestó que la actora ejerció su actividad a través de un contrato de prestación de servicio, tales argumentos tampoco resultan conducente para absolver, toda vez que la labor desempeñaba fue la de cajera, toda vez que es una labor que por regla general está supeditada a las directrices del dueño del establecimiento de comercio, incluso de lo dicho por el señor GONZALO BAQUERO quien fue el administrador del supermercado donde laboró la demandante refirió que debía responderle por la caja, entregarle las cuentas, hacer el arqueo del día, entraba más o menos a las dos de la tarde y al cierre debía entregarle cuentas, aspectos que evidentemente demuestran una subordinación.

Por consiguiente, si la Juez hubiese valorado cabalmente las pruebas aportadas se hubiera dado cuenta que contaba con la confesión de la existencia de una prestación del servicio a favor de la sociedad demandada, parte de los extremos reclamados y el salario, aspectos con los cuales perfectamente hubiere podido dictar una sentencia condenatoria. En tal sentido, se **revocará** la decisión de primera instancia para en su lugar condenar a la SOCIEDAD UNIDAD COMERCIAL LOS BAQUEROS SAS. a la existencia de una relación laboral.

Extremos laborales y salario

Para determinar el extremo inicial manifiesta el recurrente que con las declaraciones de MIRYAM ALMARIO LÓPEZ y JAIRO RODRÍGUEZ se podía establecer que lo había sido en enero de 2013, revisados sus testimonios se tiene que en efecto manifestaron la fecha aludida, sin embargo, se tiene que no tuvieron un conocimiento preciso sobre ello, toda vez que los declarantes son los tíos de la demandante quienes manifestaron que tal fecha les constaba porque ella se los había contado, más no porque tuvieran certeza, si bien también señalaron que visitaban el establecimiento de comercio por quedar cerca al lugar donde residían, esto no lo hacían de manera constante. Así mismo, se observa de sus versiones contradicciones, pues por su parte la señora MIRYAM ALMARIO LÓPEZ indicó que el jefe de la demandante había sido el señor GUSTAVO BAQUERO y el señor JAIRO RODRÍGUEZ indicó al inicio de su versión que había sido el señor GONZALO ANTONIO BAQUERO, pues si bien más adelante manifestó que era el señor GUSTAVO BAQUERO adujo que esto lo sabía porque la demandante se lo había contado, por lo tanto, no queda muy claro si realmente la demandante prestó sus servicios directamente a favor del señor GUSTAVO BAQUERO desde el mes de enero de 2013.

En tal medida, teniendo en cuenta la confesión dada por los señores GONZALO ANTONIO BAQUERO y GUSTAVO BAQUERO se tendrá como inició de la relación laboral el **1° de julio de 2013**, en cuanto al extremo final debe tenerse el 21 de septiembre de 2013, teniendo en cuenta que el señor GUSTAVO DE JESÚS BAQUERO manifestó que el 15 de septiembre de 2013 le solicitó a la demandante que realizará sus aportes como independiente otorgándole un término para ello, siendo como última conversación del **21 de septiembre de 2013**, por lo que se entiende que fue allí que finalizó el vínculo contractual. En relación al salario, como bien lo confesó el señor GUSTAVO DE JESÚS BAQUERO lo fue en la suma de **\$600.000**, por lo tanto, sobre dicho valor se realizará las liquidaciones correspondientes.

Sustitución patronal

Como bien se señaló en precedencia no se contó en el presente proceso con una prueba veraz y contundente con la cual se pudiere establecer la prestación del servicio de la demandante a favor del señor GUSTAVO DE JESÚS BAQUERO desde el 1° de enero de 2013 a fin de poder establecer la existencia de la sustitución patronal alegada, por lo que habrá de absolverse sobre esta pretensión.

Acreencias laborales y prescripción

Previo a entrar a establecer las condenas respecto de las acreencias laboral legales es necesario estudiar la **excepción de prescripción** teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 488 del CST y 151 del CPT y de la S.S., de manera que la actora contaba con 3 años para demandar o para interrumpir el término prescriptivo, observándose que la relación laboral finalizó el 21 de septiembre de 2013 y la demanda se presentó el 20 de septiembre de 2016 (fl. 44), de suerte que, no alcanzó a operar el fenómeno prescriptivo, aunado al hecho de que se entiende interrumpida la misma con presentación de la demanda ante los Juzgados de Pequeñas Causas (11 de febrero de 2015 fl.25), pues fue allí que la demandante solicitó por primera vez a la demandada la declaratoria de la existencia de la relación y el derecho al pago de sus acreencias laborales, entendiéndose con ello la reclamación ante el empleador.

Así las cosas, corresponde reconocerle a la señora SINDI LORENA ALAMARIO LÓPEZ, las siguientes sumas y conceptos:

Primas: \$133.333,33
Vacaciones: \$66.667
Cesantías: \$133.333,33
Intereses a las cesantías: \$3.556,56
Total: \$336.889,22

DE LOS APORTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL.

Pensión – Como quiera que de conformidad con el art. 15 de la Ley 100 de 1993 (modificado por el art. 3 de la Ley 797/2003) son afiliados en forma obligatoria al sistema general de pensiones, todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo, y que el artículo 17 ibídem dispone la obligatoriedad de las cotizaciones al régimen del sistema general de pensiones, al encontrarse acreditado el vínculo laboral

Expediente No. 02 2016 00556 01

entre la demandante y los demandados, como fue indicado al inicio de esta decisión, era obligación de ésta la afiliación del ex trabajador al sistema general de seguridad social en pensiones.

Por lo anterior, teniendo en cuenta que no se demostró que se hubiera afiliado a la demandante a un fondo de pensiones por parte de la sociedad demandada, forzoso resulta condenarla a realizar la afiliación de la señora SINDI LORENA ALAMARIO LÓPEZ al Fondo de Pensiones de su escogencia y el consecuente pago de la reserva actuarial que determine dicho fondo de pensiones desde el 1° de julio de 2013 al 21 de septiembre de 2013, teniendo como salario base la suma de \$600.000, porcentaje que deberá cubrir en el 100% el empleador.

Salud y riesgos laborales – En relación con esta temática, la Corte Suprema de Justicia ha considerado que al trabajador no le es dable solicitar que se le cancelen directamente los aportes que en su oportunidad no efectuó el empleador. Además, tal y como fue indicado en sentencia SL 3009-2017 del 15 de febrero de 2017, *“lo que procede frente al hecho consumado de la no afiliación a las contingencias de salud y riesgos laborales, es la reparación de perjuicios que el trabajador acredite haber sufrido por esa omisión del empleador, o el reintegro de los gastos que se vio obligado a llevar a cabo por no tener la atención y cubrimiento de tales riesgos.”*

Por lo antes expuesto, como quiera que en el presente asunto el demandante no acreditó que se haya producido daño o perjuicio alguno por la falta de afiliación, como tampoco que se hubiera dado erogación alguna por su parte por estos conceptos, lo que se impone es absolver a la demandada por esta súplica.

Indemnización del art. 65 CST

En lo referente a estas dos clases de indemnizaciones moratorias, es criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que por tener su origen en el incumplimiento del empleador de ciertas prestaciones, gozan de una naturaleza eminentemente sancionatoria y como tal su imposición está condicionada al examen, análisis o apreciación de los elementos subjetivos relativos a la buena fe que guiaron la conducta del empleador, tal y como lo ha indicado en sentencias SL 35414 – 2009, SL16572 de 2016 y SL-11436 de 2016, entre otras.

Así las cosas, para determinar si hubo buena fe en la actuación del empleador, se deben considerar los elementos y las circunstancias existentes al momento de la finalización

del vínculo laboral, que se supone es el momento en que el empleador debe satisfacer las obligaciones económicas que tiene con el trabajador, tal y como lo ha manifestado la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 08 de abril de 2008 con radicado No. 29999, posición reiterada en sentencia del 24 de enero de 2012, expediente No. 37288.

En el caso concreto, es notoria la mala fe de la parte demandada como bien se puede establecer en el devenir del presente proceso, pues aparte de haber vinculado de manera incorrecta a la demandante haciéndola creer que lo estaba bajo un contrato de prestación de servicios, cuando debía ejercer una función que es propia de un contrato laboral como lo es la de cajera, pues debe estar de manera constante al servicio del empleador, de otra parte, hizo incurrir en error al *a quo* haciéndola creer que se había demandando a la persona incorrecta dando versiones diferentes a las que ya había declarado ante un estrado judicial, aspectos que son más que suficientes para condenarla a la indemnización teniendo en cuenta que la demanda se presentó después del mes 24, por lo tanto, le corresponde pagar la suma de **\$20.000** pesos diarios a partir del 21 de septiembre de 2013, que equivale a un día de salario por cada día de mora, que para el mes 24 arroja la suma de **\$14.400.000** y a partir del mes 25, esto es el 22 de septiembre de 2014, el empleador deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera hasta cuando el pago se verifique.

Despido sin justa causa.

Frente al particular, ha de indicarse que en reiteradas oportunidades la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, ha referido sobre la carga demostrativa a la que se somete cada una de las partes en discusión sobre la legalidad o justeza de la terminación del contrato laboral y ha sostenido que la demostración del despido le corresponde al actor y la justificación o comprobación de las causales o hechos que motivaron la decisión, le corresponden a la demandada.

Así las cosas, la parte demandada no demostró las razones justificables por las cuales decidió dar por terminada la relación laboral, siendo este su deber, pues el hecho de haberle solicitado a la demandante los aportes a seguridad social como independiente y que con posterioridad ésta hubiera dejado de prestar el servicio no resulta razón suficientes para establecer una justa causa, en consecuencia, se condenará a la accionada al pago de la indemnización de que trata el art. 64 el CST., por lo que, una vez efectuadas las operaciones matemáticas del caso, se tiene que la misma asciende

a la suma de **\$600.000** que corresponde a 0 años, 2 meses y 21 días.

Indemnización por despido de mujer que goza de fuero materno

Refiere la promotora del proceso que al momento del finiquito contractual se encontraba en estado de gestión razón por la cual no podía ser despedida por parte del empleador, además de no contarse con el permiso expedido por parte del inspector de trabajo, por lo tanto, es merecedora de la indemnización contemplada en el artículo 239 del CST, así como del pago de los 14 días de licencia que contempla la Ley 1468 de 2011.

Sobre tal aspecto, se tiene que la parte demandada desconoció tanto en este proceso como en el que se llevó a cabo en el Juzgado 3° Municipal de Pequeñas Causas que conociera del estado de embarazo de la demandante al momento del despido, revisado el material probatorio allegado en esta oportunidad se tiene que no se cuenta con un documento que certifique que efectivamente la señora SINDI LORENA ALMARIO estuviera en estado de embarazo para dicho momento, como tampoco se aportó el registro civil de nacimiento del menor y sobre el cual hace referencia el apelante en su recurso, aspecto que sorprende a la Sala pues se entendería que deberían obrar los mismos documentos que fueron allegados ante el Juzgado de Pequeñas Causas, de suerte que, al no contarse con una documental que acredite el dicho de la demandante hace imposible ordenar el pago de lo solicitado dando aplicación a la sentencia SU 070 de 2013 como lo hizo el Juez en la sentencia que fue anulada, pues debe contarse con la certeza del embarazo y la fecha de gestación a fin de poder ordenar las cotizaciones durante dicho periodo.

Indexación

Teniendo en cuenta la condena aquí efectuada, se ordenará el pago de la indexación solamente en relación a las vacaciones y la indemnización por despido injusto, toda vez que el trabajador no puede beneficiarse, al mismo tiempo, de la indemnización moratoria y de la indexación frente a un mismo concepto salarial o prestacional, pues la consecuencia de la mora se sanciona con la una o con la otra, dependiendo de si se acredita o no la buena fe del empleador en su conducta omisiva frente al pago.

Sin embargo, no ocurre lo mismo cuando se trata de emolumentos laborales que no pueden clasificarse como salariales o prestacionales, como sucede con las vacaciones

y la indemnización por despido injusto, porque en esos casos el incumplimiento o la tardanza en su cancelación no se resarce mediante el pago de la indemnización moratoria, sino a través de un mecanismo que les permite, al menos, reponerse de los efectos relacionados con la pérdida de su poder adquisitivo, que es la denominada indexación.

COSTAS:

COSTAS en ambas instancias a cargo de la parte demandada, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 365 del CGP.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO EL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ- SALA LABORAL, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY

R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada, proferida por el Juzgado 2° Laboral del Circuito de Bogotá de fecha 12 de julio de 2018, para en su lugar **DECLARAR** la existencia de un contrato laboral entre la señora SINDI LORENA ALMARIO LÓPEZ con la SOCIEDAD UNIDAD COMERCIAL LOS BAQUEROS SAS entre el 1° de julio de 2013 al 21 de septiembre de 2013, devengando como salario la suma de \$600.000, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD UNIDAD COMERCIAL LOS BAQUEROS SAS a las siguientes sumas y conceptos:

-Primas: \$133.333,33

-Vacaciones: \$66.667

-Cesantías: \$133.333,33

-Intereses a las cesantías: \$3.556,56

-Indemnización moratoria: la suma de \$20.000 pesos diarios a partir del 21 de septiembre de 2013 y hasta el mes 24 para un total de **\$14.400.000** y a partir del mes 25, esto es, a partir del 22 de septiembre de 2014, el empleador deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera hasta cuando el pago se verifique.

-Indemnización por despido sin justa causa: la suma de \$600.000 que corresponde a 0 años, 2 meses y 21 días.

CUARTO: CONDENAR a la SOCIEDAD UNIDAD COMERCIAL LOS BAQUEROS SAS a cancelar a favor de la demandante el pago de la reserva actuarial de los aportes pensionales que determine dicho fondo desde el 1° de julio de 2013 al 21 de septiembre de 2013, teniendo como salario base la suma de \$600.000, porcentaje que deberá cubrir

Expediente No. 02 2016 00556 01

en el 100% el empleador.

QUINTO: CONDENAR a la SOCIEDAD UNIDAD COMERCIAL LOS BAQUEROS SAS a indexar al momento de su pago los valores correspondientes a las vacaciones e indemnización por despido sin justa causa, teniendo en cuenta la parte considerativa de esta sentencia.

QUINTO: ABSOLVER a la a la SOCIEDAD UNIDAD COMERCIAL LOS BAQUEROS SAS de las demás pretensiones incoadas en su contra.

SEXTO: COSTAS en ambas instancias a cargo de la parte demandada, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 365 del CGP.

Notifíquese y cúmplase



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

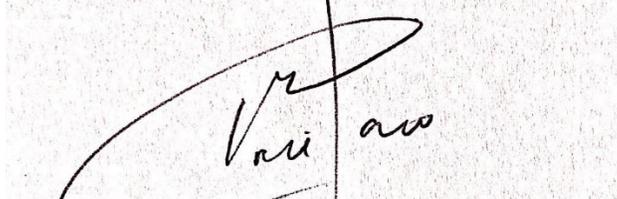


DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la parte demandada en la suma de \$ 900.000.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

República de Colombia

Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL****Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.****PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ESMERALDA GIL LÓPEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de octubre de dos mil veinte (2020), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

S E N T E N C I A**LO PRETENDIDO EN LA DEMANDA**

Solicita la señora **ESMERALDA GIL LÓPEZ** se **declare** que es beneficiaria del régimen de transición, como consecuencia, se le **reconozca y pague** la pensión de vejez de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990 a partir del 2 de agosto de 2006, se le **reconozca y pague** las mesadas ordinarias y adicionales desde la fecha en que adquirió el status de pensionada, se **condene** a que le sea reajustada la mesada, se **condene** al pago de intereses moratorios, se **condene** a la indexación, se **condene** ultra y extra petita; y se **condene** al pago de costas procesales (fl.4 a 5).

Los hechos fundamento de las pretensiones se observan a fls. 6 a 10 del plenario, en los cuales en síntesis se señalaron; que nació el 2 de agosto de 1951, por lo que el mismo día y mes del año 2006 cumplió los 55 años de edad, que se afilió al ISS el 1° el de diciembre de 1980 cotizando válidamente un total de 1,300 semanas, laborando para las empresas HOGAR INFANTIL LA HORMIGUITA desde el 1° de diciembre de 1980 al 31 de marzo de 1992, para el HOGAR INFANTIL SANTA CLARA para los periodos 08-1995 a 08-1998, donde se presenta deuda por no pago, para la FUNDACIÓN LOS PISINGOS en el periodo 1998-09 donde su empleador presenta deuda por no pago, para el HOGAR INFANTIL SANTA CLARA del 07-1995 al 09-1999, donde su empleador presenta deuda por no pago, que según historia laboral de la

demandante el empleador FUNDACIÓN LOS PISINGOS se encuentra atrasada en los pagos del periodo 01-1999 al 10-1999, que radicó el día 30 de junio de 2009 un derecho de petición ante el ISS solicitando incluir dentro de su historia laboral los 12 años de trabajo para el HOGAR INFANTIL LA HORMIGUITA, el 18 de diciembre de 2009 solicitó el reconocimiento pensional la cual fue negada mediante resolución No. 100659 del 2 de marzo de 2010, resolución GNR 256718 del 15 de julio de 2014 y resolución SUB 5637 del 10 de marzo de 2017, que ha insistido ante COLPENSIONES en el reconocimiento y pago de su pensión, que efectuó su última cotización el día 30 de noviembre de 2016.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1 a 3, 14 a 16, no ser ciertos los numerales 4, 5 y 17; y no constarle los demás, propuso como excepciones de fondo prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia de la obligación y declaratoria de otras excepciones (fls.128 a 133).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 3° Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 26 de septiembre de 2018, **absolvió** a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas por la demandante y se **abstuvo** de condenar en costas (CD fl.142).

Como argumento de su decisión, el *a quo* manifestó que en principio se tenía que la demandante era beneficiaria del régimen de transición al contar con 43 años de edad para el 1° de abril de 1994, indica también que revisada la historia laboral de la demandante también cuenta con 783 semanas cotizadas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, por lo que se le hizo extensivo el derecho al 31 de diciembre de 2014, en cuanto a los requisitos contemplado en el Acuerdo 049 de 1990 para acceder al derecho pensional, estableciendo que entre 1° de diciembre de 1980 y el 31 de mayo de 2016 cuenta con un total de 1,062.86 semanas, refiere también que la demanda la actora señalaba algunas anomalías en su historia laboral, para los periodos comprendidos entre agosto a diciembre de los años 1995, 1996 y 1997 al no encontrarse incorporados, sin embargo, revisada la historia laboral actualizada se tenía que todos esos periodos se encontraban debidamente contabilizados, en cuanto a los periodos de enero a Marzo de 1998, manifestaba la demandante que los mismos no se encontraban registrados en la historia laboral expedida por Colpensiones, aun cuando había laborado para el empleador HOGARES INFANTIL SANTA CLARA, que al

revisarse historia laboral se tenía que había laborado para dicho empleador desde 1995 y posteriormente pasó a la ASOCIACIÓN DE PADRES, nuevamente empezó a cotizar el HOGAR INFANTIL SANTA CLARA en 1996 y ese mismo año paso de nuevo a la ASOCIACIÓN DE PADRES, no siendo cierto que para 1998 se encontrará laborando para el HOGAR INFANTIL SANTA CLARA, toda vez que allí aparecía registrado con la FUNDACIÓN LOS PISINGOS de suerte que los fundamentos fácticos no concuerdan con la historia laboral, por lo que la entidad demandada no puede reclamar sobre quien no funge como empleador y como quiera que el empleador aparecía siendo la FUNDACIÓN LOS PISINGOS debía demostrar que ingresó a laborar para esa fundación desde el 1° de enero de 1998, en vista de que aparecía la novedad únicamente desde el 1° de abril de ese mismo año y en adelante por todo el año 1998, sin que lograra evidenciar de todas las documentales que hubiera laborado para el HOGAR INFANTIL SANTA CLARA, tampoco se lograba establecer en el expediente administrativo que hubiese ingresado a laborar a la FUNDACIÓN LOS PISINGOS desde enero, tampoco obraba prueba de la relación laboral con el HOGAR INFANTIL SANTA CLARA para enero a octubre de 1999, concluyendo que es imposible imputar las semanas reclamadas.

En cuanto a los requisitos de la norma solicitada, determinó que para la fecha en que la demandante cumplió 55 años de edad solo acumulaba 484.611 semanas, es decir, no cumple con la totalidad de semanas exigidas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, como tampoco lograba acumular para 31 de diciembre de 2014, 1,000 semanas en cualquier tiempo.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** inconforme con la decisión interpuso recurso de apelación señalando que según los manifestado por el juez en cuanto a que con la ASOCIACIÓN SANTA CLARA y LOS PISINGOS no se había logrado demostrar a través de un contrato de trabajo o prueba documental su vinculación, siendo un argumento absurdo, teniendo en cuenta que la demandante había trabajado para estas dos entidades como profesora infantil lo cual se demostraba con el reporte de semanas donde aparecía plenamente demostrado que estas dos instituciones SANTA CLARA y PISINGOS no quisieron desembolsar el dinero para llevarlo a COLPENSIONES, encontrándose plenamente demostrado que la señora ESMERALDA se le descontaron todos y cada uno de los dineros, que dentro de la demanda se encontraba demostrado los pagos que se hicieron durante todo ese lapso de tiempo que ella trabajó con esas dos instituciones para lograr el tope de las semanas.

Así mismo, se podía ver que con los recibos de pago que aparecen de fecha de 2010, aportó al sistema donde incluso cuando a ella le entregaban su sueldo le suministraban unos recibos que hacen parte de la prueba documental y le daban una constancia de lo que a ella le descontaban, por lo que con ello queda probado que la señora Esmeralda si cumplió con todas las cotizaciones correspondiéndose a COLPENSIONES por lo que dicha entidad debía iniciar los cobros respectivos e investigar la situación, quedando acreditado la demandante es beneficiaria del régimen de transición y cumple con los requisitos del Acuerdo 049 de 1990 a partir del 12 de agosto de 2006.

Negándose el reconocimiento de la pensión por parte del ISS mediante la resolución 100659 de 2010 a pesar del cumplimiento de los requisitos de ley, desconociéndose también por dicha entidad que estaba obligada a efectuar el recaudo a favor de la demandante, teniendo que seguir cotizando al sistema para poder alcanzar el derecho, observándose que el Juez no tuvo en cuenta los dineros que se siguieron consignando hasta el año 2016, existiendo con ello mala fe por parte de la aseguradora, por lo tanto la obligación conforme a la misma jurisprudencia era que los aportes dejados de tener en cuenta en la historia laboral deberían contabilizarse a efectos de alcanzar las semanas de cotización requeridas por la ley, los cuales fueron cumplidos a cabalidad por la demandante.

No ajustándose la sentencia de primera instancia a realidad de la prueba documental aportada, toda vez que con los mismos se acreditaron los requisitos de las semanas cotizadas para acceder a la pensión de vejez, conforme se demuestra de la resolución 100656 del 18 de diciembre de 2009, que ordena a la demandante seguir cotizando ya que tenía la alternativa de continuar cotizando hasta acreditar los requisitos para acceder a la pensión de vejez, los argumentos esbozados en la resolución SUB 5637 del 10 de marzo del 2017, tampoco se ajustó a las pruebas.

C O N S I D E R A C I O N E S

Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar, si es posible validar los ciclos solicitados en la demanda dentro de la historia laboral de la demandante, si acreditó ser beneficiaria del régimen de transición y, en consecuencia, si cumple los requisitos para acceder a la pensión de vejez de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, si hay lugar al pago de intereses moratorios e indexación y si operó o no el fenómeno prescriptivo.

Reconocimiento de semanas

Indica la parte demandante dentro en su escrito de demanda que los periodos correspondientes entre el 08-1995 a 08-1998 con el empleador HOGAR INFANTIL SANTA CLARA, periodo 1998-09 con la FUNDACIÓN LOS PISINGOS, periodo 07-1995 al 09-1999 el empleador HOGAR INFANTIL SANTA CLARA y el periodo 01-1999 al 10-1999 con la FUNDACIÓN LOS PISINGOS aparecen dentro de su historia laboral con la observación “*su empleador presenta deuda por no pago*”, por lo que nació en cabeza de la entidad demandada la obligación de realizar el correspondiente recobro.

En relación a los tiempos en mora registrado dentro de la historia laboral de los afiliados al sistema de seguridad social en pensiones, la alta Corporación ha sostenido que la existencia de un contrato de trabajo impone *per se* el deber de afiliación e inscripción por parte del empleador y la correlativa de pagar las cotizaciones, tal como lo disponen los artículos 15 y 17 de la Ley 100 de 1993, **es natural que para que exista la obligación de cobro de los aportes por parte de la administradora, debe mediar la afiliación e inscripción correspondiente por parte del empleador** **sentencia** SL 290 del 5 de febrero de 2020, en la cual se reitera la sentencia con radicado No. 37555 del 23 febrero de 2010, citando:

*“Y en lo que atañe a la nueva construcción jurisprudencial que alude el censor, que tiene que ver con la responsabilidad de las administradoras del régimen de pensiones, frente a la omisión del empleador de su obligación de pagar los aportes, cuando ésta no utiliza las herramientas legales de cobro para realizar el recaudo efectivo de la cotización, es menester aclarar, que **tal orientación doctrinaria no tiene aplicación en asuntos donde se presenta el incumplimiento en el deber de inscripción o afiliación del trabajador**, que es lo que acontece en la presente causa, en la cual la demandada Federación Nacional de Algodoneros omitió afiliar al ISS al trabajador demandante desde la fecha de inicio de labores, y lo hizo luego de transcurrido varios ciclos o meses, que es el tiempo que ahora reclama la parte actora se le tenga en cuenta para alcanzar las 1.000 semanas de cotización exigidas por el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de igual año. Lo anterior por cuanto al no mediar afiliación o inscripción, **no surge la cotización que permita hablar de mora en el cubrimiento de aportes, ni se abren paso las acciones de cobro que contemplan las normas referentes a la recaudación de cotizaciones**”.*

(...)

*Como estrictamente y según lo arriba explicado **en este evento no hubo mora de los empleadores en el pago de las cotizaciones, sino incumplimiento en su deber de inscripción**, el Tribunal, en consecuencia, no incurrió en*

desatino jurídico alguno, pues, frente a la falta de inscripción del trabajador Delio de Jesús Zapata Correal por parte de Antonio y Darío Macías Duque, al sistema de seguridad social en pensiones –no discutida, antes, por el contrario, admitida por la impugnación extraordinaria-, la conclusión no era otra distinta a la de condenar a los últimos a pagar la pensión de sobrevivientes causada por la muerte del primero”.

Siguiendo el anterior derrotero jurisprudencial, se tiene que en lo relacionado con los periodos 12-1980 al 03-1992 con el empleador HOGAR INFANTIL LA HORMIGUITA, el mismo se encuentra reportado dentro de la historia laboral allegada por COLPENSIONES y la cual milita a folio 143 del expediente, así mismo se encuentran reportados los periodos comprendidos entre el 08-1995 a 08-1998, pero no con el empleador HOGAR INFANTIL SANTA CLARA como lo indica la demandante, sino con el empleador ASOCIACIÓN DE PADRES DE FAMILIA desde el 08-1995 a 02-1996, del 05-1996 al 11-1996 con el HOGAR INFANTIL SANTA CLARA y del 12-1996 al 08-1998 nuevamente con la ASOCIACIÓN DE PADRES DE FAMILIA, tal y como lo indicó el *a quo*.

Así mismo, se observa que la controversia radica especialmente con el periodo 01-1999 a 10-1999 donde la demandante manifiesta haber laborado con el empleador FUNDACIÓN LOS PISINGOS, verificada la última historia laboral y que fue aportada por la entidad demandada se tiene que en efecto no aparece registrada afiliación por parte de dicho empleador, sin embargo, según consta de la documental que milita a folios 39 a 48 y que corresponde a una historia laboral expedida por COLPENSIONES para el año 2014, aparece todo el año de 1999 con afiliación tanto con el empleador HOGAR INFANTIL SANTA CLARA y FUNDACIÓN LOS PISINGOS, ambos con la observación “*su empleador presenta deuda por no pago*”, verificado el expediente administrativo (CD FL. 134) se encuentra una historia laboral expedida en el año 2009 en la cual aparece el mismo periodo en 0 con la misma observación, pero adicionalmente se encuentra como afiliada con el empleador ASOCIACIÓN DE PADRES DE FAMILIA, como también se puede ver de la documental aportada por la demandante y que obra a folios 22 a 27.

COLPENSIONES en sus actos administrativos hace alusión en cuanto una solicitud presentada por la actora para la corrección de su historia laboral, pero refiriéndose a los periodos 08-1995 con el empleador HOGAR INFANTIL SANTA CLARA y 12-1998 con la FUNDACIÓN LOS PISINGOS, periodos que como bien se ha indicado ya se encuentran registrados dentro de la historia laboral, no pronunciándose la entidad demandada en cuanto año 1999, que es donde radica la controversia del asunto, por consiguiente, es evidente que existe inconsistencias de las historias laborales de la demandante, sin que sobre tal aspecto COLPENSIONES haya manifestado motivos

claros frente a lo sucedido, siendo este su deber legal al tener la custodia de los aportes a efectuados a favor de la afiliada, más aún cuando la demandante ha venido insistiendo en que le sea corregida su historia laboral, debiendo la entidad procurar por desentrañar el motivo por el cual el periodo en el cual aparece afiliada y en mora por sus empleadores desaparecieron del registro laboral sin mediar justificación alguna, nótese que con ello se demostró que sí estuvo afiliada al sistema por parte no solo del empleador FUNDACIÓN LOS PISINGOS como lo manifestó la demandante, sino también con los empleadores HOGAR INFANTIL SANTA CLARA y ASOCIACIÓN DE PADRES DE FAMILIA, aspectos que son razonables, pues la normatividad laboral permite concurrencia de contratos, entonces no es dable aducir que no existió afiliación al sistema, de lo contrario existieron 3 afiliaciones con empleados distintos y todos en mora, naciendo la obligación a cargo de COLPENSIONES de haber procedido a realizar el correspondiente recobro.

Cabe resaltar que la CSJ Sala de Casación Laboral ha aceptado los argumentos aquí expuestos estableciendo que cuando COLPENSIONES expide un resumen de semanas de cotizaciones, la información allí plasmada se presume cierta y veraz, a la vez que es vinculante. Por ello, no es posible para la entidad emisora proferir posteriormente y sin dar explicaciones razonables, otra historia laboral con información distinta a la inicialmente certificada. Ya que al hacerlo transgrede la confianza depositada por los miles de afiliados en su gestión, sobre todo en temas tan sensibles para el tejido social como lo son las pensiones, compromiso que exige un tratamiento bastante riguroso de los archivos y bases de datos (SL 5170-2019).

Adicionalmente, debe recordarse que en la sentencia T -343 del 2014 la Corte Constitucional se pronunció sobre el deber de custodia, conservación y guarda de la información concerniente al Sistema de Seguridad Social Integral, definiendo que, como las entidades administradoras de fondos de pensiones, sin excepción, tienen a su cargo el manejo de las base datos contentivas de la información que comprende la historia laboral de los afiliados, tiene el deber de garantizar el adecuado manejo y conservación de los datos correspondientes a aquellos, a tal punto que puedan entrar a responder por una determinada prestación económica, cuando quiera que no aportan los elementos de juicio suficientes que justifiquen un cambio brusco en dicha información, o que simplemente no justifique su pérdida total, o parcial y, en general, su deterioro. Así las cosas, se deberán computar dentro de la historia laboral de la demandante el periodo comprendido entre el 01-1999 a 10-1999 los cuales corresponden a **43 semanas** cotizadas.

Régimen de transición

Conforme al art. 36 de la Ley 100 de 1993, para ser beneficiario del régimen de transición en el caso de las mujeres debía contar para el 1° de abril de 1994, con 35 o más años de edad, o 15 o más años de servicios cotizados.

Reuniendo los requisitos señalados tendrá derecho a la pensión de vejez o de jubilación cuando cumplan la edad y el tiempo de servicios o el número de semanas establecidas en el régimen que se venía aplicando con anterioridad al 1° de abril de 1994, el cual para el caso concreto es el dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990 reglamentado por el Dto. 758 del mismo año, por contar con semanas cotizadas al ISS hoy Colpensiones.

Dicho lo anterior, y conforme a la copia de la cédula de ciudadanía de la demandante y que obra dentro del expediente administrativo, se tiene que la actora nació el **12 de agosto de 1951**, por lo que al 1° de abril de 1994, contaba con 42 años de edad cumplidos, reuniendo así los requisitos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, en lo que se refiere a la vigencia del citado régimen, el párrafo transitorio 4° del Acto Legislativo 01 de 2005, dispone que éste no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010, excepto para las personas que estando en el mismo tengan cotizadas **750 semanas** o su equivalente en tiempo a la entrada en rigor de dicho acto, a quienes se les mantendrá el referido régimen **hasta diciembre de 2014**.

Al constatar si la demandante cuenta con 750 semanas cotizadas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, esto es, al 29 de julio de 2005, se tiene que según la documental de folios 143 a 147, registra **783,18 semanas** de cotización a esa data que, superando así las 750 semanas requeridas, lo que hace que su beneficio se extienda hasta el 31 de diciembre de 2014.

Pensión de vejez – Acuerdo 049 de 1990

El artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, establece que para acceder a la pensión de vejez en el caso de las mujeres debía acreditar 55 años de edad y un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1,000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.

Al respecto, se tiene que la actora cumplió los 55 años de edad el **12 de agosto de 2006**, al verificarse las semanas cotizadas durante los **20 años anteriores al cumplimiento de la edad**, esto es, del 12 de agosto de 1986 al 12 de agosto de 2006, se acreditó en la historia laboral allegada al proceso **484,89 semanas** de cotización y en **toda la vida laboral** reunió un total de **994 semanas de cotización**, No obstante, al haberse reconocido **43 semanas** adicionales dentro de la historia laboral y que corresponden a periodo 01-1999 a 10-1999, a demandante logra acreditar **527,59 semanas** dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad y **1,037 semanas** de cotizaciones en toda su vida laboral con anterioridad al 31 de diciembre de 2014, lo cual da lugar a que sea reconocida la pensión solicitada, la cual se causó el **12 de agosto de 2006**, momento en que cumplió los 55 años de edad y contaba con las 500 semanas exigidas por la normatividad aplicable a su caso.

Disfrute de la pensión y monto

Al respecto, el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, dispone que es necesaria la desafiliación del sistema para entrar a disfrutar de la pensión y solo en casos excepcionales la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral ha estimado, reconocerla con anterioridad cuando el demandante despliega alguna conducta tendiente a no continuar vinculado al sistema, como lo sería el cese de las cotizaciones (CSJ SL 35605, 20 oct. 2009; CSJ SL4611-2015), o cuando pese a no haber desafiliación del sistema, el juzgador advierte su voluntad de no seguir vinculado al régimen de pensiones, por ejemplo, porque dejó de cotizar y solicitó la pensión de vejez (CSJ SL5603-2016); o **en casos en que la entidad de seguridad social fue renuente al reconocimiento de la prestación a pesar de ser solicitada en tiempo y con el lleno de los requisitos** (CSJ SL 34514, 1.º sep. 2009; CSJ SL 39391, 22 feb. 2011; CSJ SL15559-2017).

En el caso de la demandante se tiene que solicitó el reconocimiento pensional 18 de diciembre de 2009 oportunidad en la cual no se encontraba cotizando al sistema como se puede evidenciar del reporte de semanas cotizadas, solicitud que fue resuelta mediante resolución No. 100659 de 2010 (fl.19) en la cual la entidad demandada le informa que no acredita el total de semanas requeridas invitándola a seguir cotizando para lograr acreditar las mismas, situación que llevó a la demandante a seguir cotizando como bien se lo sugiero la entidad, tal como se puede ver de su historia laboral, pues una vez negada la prestación la demandante se afilió de nuevo al sistema pero en esta oportunidad a través del régimen subsidiado haciendo aportes hasta el año 2016 reuniendo 1,062.86 semanas (fl.143), demostrándose con ello que la entidad accionada fue renuente en el reconocimiento de la pensión a pesar de que la actora

ya reunía los requisitos para ella, aspectos que dejan entrever que se trata de una situación excepcional y por lo tanto, habrá de reconocerse la prestación a partir del **12 de agosto de 2006.**

En cuanto el **monto de la mesada**, se tiene que la mayor parte de los aportes efectuados al sistema se hicieron con base en el SMLMV de cada año laborado, por consiguiente, al efectuarse el cálculo con lo cotizado en los últimos 10 años de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y aplicándose una tasa de remplazo del 78% que sería la que le correspondería de acuerdo al párrafo 2° del Acuerdo 049 de 1990, arroja una suma inferior al SMLMV, por lo tanto, como quiera que la pensión de vejez no podrá ser inferior al salario mínimo de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley 100 de 1993, se reconocerá la mesada en dicho monto, la cual se otorgará en 14 mesadas al año, por haber causado el derecho con anterioridad al 31 de julio de 2011 y por ser la mesada pensional inferior a 3 SMLMV, de conformidad con el párrafo transitorio 6° del Acto Legislativo 01 de 2005.

Intereses moratorios (ponencia compartida)

Sobre el tema, ha sido clara la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en señalar que los mismos también proceden para las pensiones otorgadas bajo los preceptos del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, como así lo indicó en la sentencia SL – 2834 de 2018 radicado 63344 de sala de Descongestión N° 1 y en sentencia más reciente SL 1681 del 3 de junio de 2020.

Así mismo, no debe olvidarse, que el artículo 9° de la Ley 797 de 2003 y 4° de la ley 700 de 2001, establecen que las entidades que tengan a su cargo el reconocimiento del derecho pensional tendrán un plazo no mayor de 6 meses a partir del momento en que se eleve la solicitud de pensión para adelantar los trámites necesarios tendientes al pago de las mesadas correspondientes. **No obstante, para la mayoría de los integrantes de la Sala, el término para contabilizar los mismos debe ser de 4 meses, como lo establece la primera de las normas citadas.**

En ese orden de ideas, se tiene que la demandante reclamó **el 23 de enero de 2017** (fl.50), de manera que COLPENSIONES tenía hasta el **23 de mayo de 2017**, para resolver positivamente la solicitud y no lo hizo a pesar de reunir la demandante con los requisitos legales para ello, por lo que habrá de reconocerse los mismos a partir del **24 de mayo de 2017**, sobre cada una de las mesadas causadas y no pagadas, y hasta que se haga efectivo su pago.

Indexación

En lo que respecta a la indexación, teniendo en cuenta que fueron reconocidos el pago de intereses moratorios, se torna improcedente el pago a la indexación, al tener ambos conceptos efectos resarcitorios de la suma insoluta, tal como lo ha establecido la CSJ SL como en la sentencia SL 1039 del 27 de marzo de 2019.

Prescripción

Finalmente, en cuanto a la excepción de prescripción se tiene que la misma alcanzó a operar parcialmente, como quiera que la demandante reclamó inicialmente la prestación el día 18 de diciembre de 2009, la cual se negó mediante resolución No. 100659 de 2010, frente a la cual no se interpusieron los recursos de Ley, ni se acudió ante la jurisdicción ordinaria laboral para reclamar dejando transcurrir más de los 3 años que contempla el artículo 151 del CPTSS, reclamando nuevamente el 23 de enero de 2017 (fl.50) solicitud que culminó con la expedición del acto administrativo DIR 4462 del 28 de abril de 2017 (fl.61), presentándose la demanda el día 5 de abril de 2018 (fl.1), de manera que se encuentran prescritas las mesadas pensionales con anterioridad al **23 de enero de 2014**.

Así las cosas, se **REVOCARÁ** la decisión de primera instancia.

COSTAS

COSTAS en ambas instancias a cargo de la parte demandada, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 365 del CGP.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por Juzgado 3° Laboral del Circuito de Bogotá de fecha 26 de septiembre de 2018, para en su lugar **CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a reconocer a favor de la señora ESMERALDA GIL LÓPEZ la pensión de vejez en un SMLMV a partir del 12 de agosto de 2006, en catorce mesadas al año junto con los reajustes anuales, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

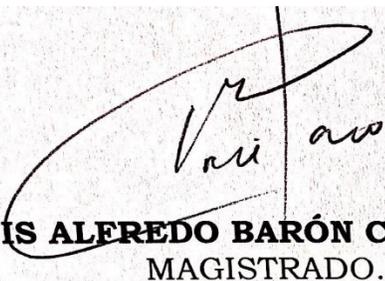
SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 a partir del 24 de mayo de 2017, sobre cada una de las mesadas causadas y no pagadas, y hasta que se haga efectivo su pago.

TERCERO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 23 de enero de 2014.

CUARTO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra.

QUINTO: COSTAS en ambas instancias a cargo de la parte demandada, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 365 del CGP.

Notifíquese y cúmplase,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

(Salva voto parcial en la forma de contabilizar los intereses moratorios)

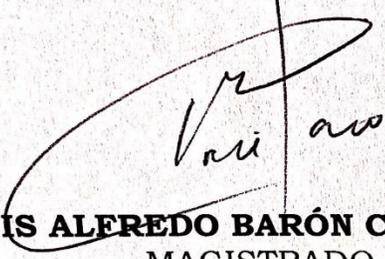


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de COLPENSIONES en la suma de \$ 900.000.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.